Q. D. B. V.

DISPVTATIO IVRIDICA

DE AEQVALI IVRE DOMINANTIS ET SERVIENTIS PRAEDII SI PASCVA NON SVFFICIANT

QVAM

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS CONSENSV

PRAESIDE

D. ANDREA FLORENTE RIVINO

SVPR. CVR. PROV. ADVOC. ORDIN.

PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI

EXHIBET

AVCTOR ET RESPONDENS

CAROLVS FRIDERICVS MENSER

LIPS.

D. XIII. FEBR. CIↃIↃCCXXXVIII.

Rec. LIPSIAE 1747.

LITTERIS STOPFFELIANIS.

Biblioteca Nazionale V. E. III Napoli

Digitized by Google

Digitized by Google

Q. D. B. V.

DISPVTATIO IVRIDICA
DE
AEQVALI IVRE DOMINANTIS ET SERVIENTIS PRAEDII, SI PASCVA NON SVFFICIANT.

§. I. II. et III. *Legitima vrbanorum et ruſticorum praediorum ſeruitutum differentia traditur. Eorum ſententia, illas in ſuperficie, haſce in ſolo conſiſtere, confutatur.* L. 3. D. de Seruit. L. 13. D. de S. P. R. et L. 20. pr. D. de S. P. V. *explanatur.*

§. IV. *Seruitus, vel per ſe, ſeu in abſtracto, vel reſpectu dominantis praedii i. e. in concreto, conſideratur.*

§. V. *Pactis ac ſtipulationibus effici poteſt, vt ſeruitutes reales, quae alias vtilitatem dominantis praedii, vicinitatem et cauſſam perpetuam requirunt, certae quoque perſonae citra hunc reſpectum, concedantur.*

§. VI. et VII. *Olim nulla ſeruitus realis, ſolius voluptatis vel amoenitatis gratia, conſtitui poterat.* L. 8. D. de Seruit. *illuſtratur.*

§. VIII. *Probatur, ius paſcendi pecus, perſonae ad certum tempus, vel ad dies vitae, ſecundum Iuris Romani placita, quoque concedi potuiſſe: Idque obtinuiſſe in paſcuis publicis pariter ac*

§. IX. *Priuatis.*

§. X. et XI. *Nemini in alieno fundo paſcere licet, niſi hoc ius pactis, vel praeſcriptione ſit acquiſitum. Modus arcendi aliorum pecus a fundis publicis et priuatis recenſetur. Si pacto conceſſa, vel praeſcriptione acquiſita eſt ſeruitus paſcendi,*

paſcendi, eſt ſtrictiſſimae interpretationis: Hinc cum iure prohibendi et arcendi pecus domini ſeruientis praedii, regulariter non coniuncta. Coraſius notatus.

§. XII. *Is, cui ſeruitus paſcendi competit, debito modo et tempore ea vtatur. Non tamen amittitur ſeruitus, ſi modus ſit transgreſſus.*

§. XIII. *Trebatii et Marcelli ſententia occaſione* L. 1. §. 18. D. de aqua cott. *examinatur.*

§. XIV. *Quaeritur, ſeruitute paſcendi ad certum ouium numerum reſtricta, an agni ſub grege comprehendantur? an augeant numerum, et an non potius a paſcendo excludi, vel minimum connumerari debeant? prior quaeſtio affirmatur, poſterior contraria a Wernhero defenditur.*

§. XV. *Quamdiu agni dicantur, incertum: Vſus locorum reſpiciendus: in dubio, qui minores anniculi ſunt.*

§. XVI. *Tempus indicatur, quo communiter prohibetur pecus paſcere.*

§. XVII. *Hoc determinato, dominus praedii ſeruientis neque ante, neque poſt illud, aliquid in praeiudicium ſeruitutis conſtitutae, vel per praeſcriptionem acquiſitae, ſuſcipere poteſt: interim tamen is ius paſcendi, iure dominii competens, exercere poteſt eo tempore, quo domino praedii dominantis id non licet, v. c. tempore hyberno, clauſis pratis atque agris.*

§. XVIII. *Exceptio, ſi dominus fundi pacto ſe obſtrinxerit, quod in eo nulla omnino pecora paſcere velit, vel libertas haec naturalis a praedio dominante ſit vſu capta.*

§. XIX. *Solo non vſu paſcendi ius, iure dominii competens, non amittitur.*

§. XX. *Ius paſcendi eſt reſpectu domini fundi res merae facultatis, non eius, qui ſeruitute paſcendi in fundo alieno gaudet: Haec, vti ſeruitutes praediorum ruſticorum in genere, ſolo non vſu amittitur. Imo, quicunque quid fieri concedit in fundo ſeruiente, quo ſeruitus paſcendi impeditur, ipſam ſeruitutem remiſiſſe cenſetur. Nec poteſt dominus praedii dominantis ſeruitutem paſcendi abſque praedio locare.*

§. XXI. *Ratio, cur dominus praedii ſeruientis a iure compaſcendi non excludatur. Differentia huius iuris a iure compaſcui demonſtratur.*

§. XXII. et XXIII. *Aequale ius com-*

Digitized by Google

competit in dubio domino praedii ſeruientis et dominantis. Quid autem, ſi paſcua non ſufficiant? tres ſunt ſententiae: 1) alii pro ſeruiente, 2) alii pro dominante, 3) alii pro vtroque, pugnant. Domino praedii ſeruientis plurimi fauent, qui recenſentur: Eorum argumenta ponderantur et confutantur.

§. XXIV. et XXV. *Alterius ſententiae propugnatores allegantur, eorumque argumentis reſpondetur.*

§. XXVI. *Tertia ſententia adducitur, ſtabilitur, et praeiudicio Curiae et Scabin. Vit. ad illuſtr. Regim. Sax. Martisb. confirmatur.*

§. I.

Communis ac recepta in iure eſt diuiſio ſeruitutum realium, in vrbanas atque ruſticas; illam, in ſuperficie, i. e. ſuper faciem terrae, hanc, in ſolo conſiſtere autumant, et ad corroborandam hanc ſententiam prouocant ad verba generalia *l. 3. D. de Seruit.* ſed in eo errare videntur, dum nullum faciunt diſcrimen, num haec verba abſolute, i. e. per ſe, et ex natura, ſeu in abſtracto, an relatiue ad certum praedium, i. e. in concreto, vti in ſcholis loqui amant, ſint accipienda. Verius enim eſt, ſeruitutes, tam vrbanas, quam ruſticas, ſi eas a dominante praedio cognominamus, alias in ſolo, alias in ſuperficie conſiſtere, et ita Conſtantinus Harmenopolus hanc legem 3. accipit a), quam explicationem quoque approbat Edm. Merillius b). Hinc et Paulus ICtus inquit: *praedium vrbanum non locus facit, ſed materia* c), i. e. genere vſus, quomodo et ſerui vrbani, a ruſticis diſtinguuntur d). Nec admittenda eſt interpretatio huius legis eorum, qui alias ſeruitutes in ſolo conſi-

 ſtere,

ſtere, h. e. a domino ſoli, alias in ſuperficie, h. e. a ſuperficiario conſtitui, aſſerunt. Quanquam enim concedam, ſuperficiarium fundo ſuo ſeruitutem acquirere, et iure praetorio ſeruitutem eidem imponere poſſe, ſi hoc fiat citra diminutionem mercedis ſoli e); haec explicatio tamen huius legis plane huc non quadrat, praeſertim ſi conſideramus, hanc diuiſionem in aliis quoque occurrere legibus f).

a) *L. 2. Tit. 4. §. 126.*
b) *ad Tit. de Seruit. ad h. l. in Theſ. I. Ciu. Celeberr. Ottonis T. III. p. 636.*
c) *L. 198. D. de V. S. et L. 1. D. Comm. Praed.*
d) *L. 99. D. de Leg. III. L. 166. D. de V. S.*
e) *L. 17. de pign. act. L. 13. §. 3. de pignor. L. 15. qui pot. in pign. L. 1. pr. quib. mod. vſufr. Galuanus de Vſufr. c. 26. p. 351.*
f) *L. 13. D. de S. P. R. pr. L. 20. D. de S. P. V. et alibi paſſim.*

§. II.

Vlterius equidem contrariam opinionem, vrbanas in ſuperficie, ruſticas in ſolo conſiſtere negantes, probare intendunt ex *L. 13. pr. D. de S. P. R.* in qua quaeſtio eſt, ſi vineis ſeruitus fuerit impoſita, ſublatis vitibus, num ſeruitus adhuc maneret; et iuſtiſſima eſt ſententia eorum, qui putant, ſublata ſuperficie, nihilominus adhuc manere ſeruitutem, quia haec reſpectu magis ſoli, quam vitium fuerit conſtituta. Tota autem res eo redit, vt bene perpendamus, per ſolum hic non intelligi ruſticum praedium, cui vineae annumerantur; potius credamus, legislatorem his verbis indicare ipſum fundum, cui ſeruitus erat impoſita, et cui opponit vites, quae ſunt in ſuperficie.

§. III.

Porro argumentum quoque, quo ſuam fulcire ſattagunt ſententiam diſſentientes, ducunt ex *pr.*

L. 20.

Digitized by Google

L. 20. D. de S. P. V. in qua tigni immiſſi et ſtillicidii ſit mentio. Sed quis in eorum iret partes, cum omnes in ea lege adductae ſeruitutes vrbanae in ruſticis quoque praediis obtineant; ita enim v. c. tigni immiſſio, ſeruitus ſtillicidii, in ruſticis; aquaeductus autem, aut iter per alterius domum, aream- ue, ad alterius praedii vtilitatem, etiam in vrbanis praediis conſtitui poteſt a). Sic *in L. 14. D. Comm. Praed.* dicitur: *Iter nihil prohibet ſic conſtitui, vt quis interdiu duntaxat eat: quod fere circa praedia vrbana etiam neceſſarium eſt.* Et denique quamuis aedificia de vrbanis, ſolum de ruſticis praediis intelligant, eorum tamen ſententiae refragatur *§. 1. I. d. Seruit.* vbi expreſſis verbis dicitur: *aedificia omnia vrbana praedia appellamus, etſi in villa aedificata ſint.* et in *L. 198. D. de V. S.* Vlpianus tradit; *vrbana praedia accipi omnia aedificia, non ſolum ea, quae ſunt in oppidis, ſed in villis et in vicis.* Proinde hortos quoque, ſi qui ſunt in aedificiis conſtituti, putat vrbanorum appellatione contineri; niſi in reditu ſint, vinearii forte, vel etiam olitorii, magis quam haec non eſſe vrbana b). Vnde recte ſentit B. Menckenius c) ſeruitutes, quae regulariter vrbanae ſint, ſi debeantur praedio ruſtico, ruſticas dici poſſe, ſicuti viciſſim ruſticas ſeruitutes, quae vrbano praedio praeſtantur, a dominante praedio, tanquam potiore, vrbanas.

a) *dict. L. 20. §. 1. D. de S. P. V. et L. 11. §. 1. D. de Public. in rem act. L. 7. §. 1. D. Comm. Praed.*

b) *L. 4. §. 10. D. fin. reg.* et Zach. Huber. *Obſ. rer. iud. Obſ. 80. p. 385.*

c) *in Synopſ. Pand. L. VIII. T. II. §. 1. in fin.*

§. IV.

§. IV.

Id vero eos ſeduxiſſe videtur, quod ſupra allatam diſtinctionem, inter ſeruitutem per ſe conſideratam i. e. in abſtracto, et ſeruitutem reſpectu dominantis praedii i. e. in concreto, flocci fecerint. Hoc diſcrimen vero obſeruantes, omnes iam adductas leges et textus et imprimis *L. 2. D. de S. P. R. pr. et §. 2. I. de Seruit.* quoque facillimo negotio explicare poterunt; recenſentur enim in hac lege et textu ſeruitutes, quae tantum per ſe i. e. in abſtracto conſideratae vrbanis praediis competunt, attamen hoc loco ruſticis quoque praediis accenſentur. Sic ſeruitus cloacae immittendae, a Neratio, *l. 2. D. de S. P. R.* inter ruſticorum, a Gaio, *L. II. T. 1. §. 3. Inſt. de reb.* inter vrbanorum praediorum ſeruitutes recte refertur a).

a) Conf. Celeberr. Euer. Otto *in Diſſert. VIII. de Vſucap. Seruit. Cap. 1. §. XII. p. 407.*

§. V.

Quum autem omnium ſeruitutum realium ea natura ſit, vt ſemper fundum, ſiue praedium, reſpiciant, in cuius vtilitatem ſint conceſſae, ſtatim apparet, ſtricto iure nullam ſeruitutem, quae vel in ſolo, vel in ſuperficie conſiſtit, perſonae concedi poſſe, citra reſpectum ad certum et vicinum praedium a), potius talem conceſſionem ſeruitutis ipſis, principiis Iuris Romani contrariari, dum ſeruitutes reales prorſus a natura perſonalis ſeruitutis in eo recedunt, quod in illa multa deſiderantur, quae in hac non neceſſario adeſſe debent, ſic v. c. ad ſeruitutem requiritur vtilitas dominantis praedii, vicinitas, et cauſſa perpetua; ſi autem ſeruitutem perſonalem conſi-

conſideramus, in hac non ſumus ſolliciti, an hoc ipſo praedii vtilitas promoveatur, an minus, modo perſonae proſit; nec vicinitas, et cauſſae perpetuitas deſideratur; cum perſona enim talis ſeruitus iterum exſpirat. Quemadmodum autem quilibet liberam rerum ſuarum habet adminiſtrationem, ita et pactis atque ſtipulationibus effici poteſt, vt ſeruitutes, alias reales, certae quoque perſonae in eius vtilitatem concedantur, licet non vicinum, imo nullum poſſideat fundum: aſſerti huius documenta in ipſis proſtant legibus b). Talis autem conceſſio non eſt ſpecies ſeruitutis realis, ſed libera atque voluntaria gratificatio, et perſonalis potius ſeruitus c).

a) *L. I. §. 1. L. 12. D. Comm. Praed. tam vrb.*
b) *L. 32. D. de Vſufr. L. 37. D. de S. P. R. L. 14. §. 3. D. de al. et cib. leg. L. 4. & 8. D. de ſeruit.*
c) *B. Barthii Diſſ. VIII. de iure paſcendi Cap. 11. §. 4.*

§. VI.

Multo minus quoque ſeruitutes reales, Romanis, bellicoſo populo, vt de eo teſtatur *Liuius* a) ſolius voluptatis et amoenitatis gratia conſtitui poſſe placuit b); quare etiam *Waechtlerus* c) contra *Noodtium L. 8. D. de Seruit.* iuncta *L. 6. D. de S. P. R.* ob eius inſcriptionem, et generalitatem tituli de Seruit. ex quo prior lex deſumta, merito cum aliis pro genere anomalae et irregularis cuiusdam ſeruitutis, perſonalis potius quam realis accipit; imprimis autem hanc materiam fuſius et profeſſa opera, tractauit *Zacharias Huberus* Vlrici filius d), dum primo definitionem ſeruitutis, quam Coraſius e) ſuppeditat: *quod ſit conſtitutio iuris gentium, qua prae-*

 dium

Digitized by Google

dium contra naturam vicino praedio, ad eius vtilitatem, vel domini commoditatem, cum iuris ſui diminutione ſeruit; recte taxat, et Donelli praefert: *quod ſit ius in re aliena conſtitutum, quo dominus in ſuo aliquid pati, vel non facere cogitur in alterius vtilitatem,* et ex huius definitione demum ipſam rem luculenter exponit, finem et ſcopum ſeruitutis, qui tendit ad vtilitatem fundi, cui debetur, indicans: adiiciens inſuper Connani f) ſententiam, qui nomen ſeruitutis ex Ciceronis Orat. g) deducit, vbi ait: *Neque ſeruitus appellabitur ſeruitus, ſi non ſeruit*, h. e. ſi non vtilis mihi, aut rebus meis eſt. Hisque ita praeſuppoſitis, diſtinguit vtilitatem a voluptate, quod diſcrimen etiam in legibus h) obſeruatur, et ex eo colligit; ſeruitutem, quae praedii qualitas eſt i), quam res non homo debet k), nequaquam admittere voluptatis exercitium, quod vnice cadit in hominem, et nunquam eſt, nec eſſe poteſt praedii, quemadmodum amoenitas quoque non ad res, ſed perſonas, refertur l).

a) *Hiſtor. L. VII. Cap. 2.*
b) *L. 15. §. 1. D. de Seruit.*
c) *in not. ad Noodt. L. 1. c. 11. Probab. edit. Conſ. Trotzii p. 199.*
d) *in Diſſ. L. III. diſſ. 11. C. 1. p. 392. ſq.*
e) *in Comment. ad rubr. de Seruitutibus.*
f) *4. Comm. 7.*
g) *in Orat. pro Plancio.*
h) *L. 3. §. 4. D. de in rem verſo.*
i) *L. 86. D. de V. S.*
k) *L. 6. §. 2. D. ſi ſeruit. vind.*
l) *L. 16. §. 1. D. quod vi aut clam.*

§. VII.

§. VII.

Accedit et hoc, quod omnes ſeruitutes reales perpetuam habere debeant cauſſam a), et ideo haec, quae ſolius voluptatis et amoenitatis gratia conſtituitur, ſeruitutibus perſonalibus potius, quam realibus, accenſeatur. Quod principium tamen, poſterioribus temporibus, tacito, illiteratoque conſenſu populi Romani, oblitteratum deprehendimus. Vnde in *L. 3. pr. et L. 1. §. 11. D. de aqua cott.* dicitur: *hoc iure vtimur*, i. e. ſic poſt multas variationes tandem obtinuit, aduerſus iuris regulas, vti hanc formulam maximae auctoritatis ICti explicant b), *vt etiam non ad irrigandum, ſed pecoris cauſſa, vel amoenitatis, aqua duci poſſet*, et praeſertim idcirco Gerard. Noodtius c) accurate obſeruat: antiquis temporibus aquae ductum fuiſſe ius, quod non domino, ſed praedio competierit. Sed deinde Romanorum luxuria eo peruenit, vt aquam ad voluptatem, et amoenitatem quoque ducerent.

a) *L. 28. D. de S. P. V.*
b) *Noodt. Prob. I. C. L. 1. C. 3. p. 8. ſq. et in Comment. Pand. L. 8. T. 3. p. 217. et Cl. Otto in Diſſ. de Vſucap. Seru. C. 11. §. 7. p. 484.*
c) *dicto loco.*

§. VIII.

His conſideratis, conſequens eſt, vt iam probemus, ſeruitutes alias reales, ſine reſpectu ad praedium quoddam, perſonae quoque concedi poſſe. Conuenit haec ipſa noſtra ſententia principiis Iuris Romani, ſic etenim ex *L. 4. D. de S. P. R.* indubitate conſtat, ſeruitutem pecoris paſcendi, quae eſt ius paſcendi pecus ſuum in alieno praedio, reſpe-

Digitized by Google

ctu praedii pariter, ac ſolius perſonae intuitu a), ad certum tempus, vel ad dies vitae concedi poſſe; illa eſt realis, haec perſonalis, et perſonam non excedit, nec ad heredes transmittitur: quanquam enim vſum ſeruitutis paſcendi per legatum relinqui non potuiſſe, ambabus, vt aiunt, concedam manibus, per canonem ICtis et Philoſophis communem: qualitatis infimae non eſſe aliam qualitatem, ſicuti ſpeciei ſpecialiſſimae nulla eſt ſpecies, et quia haec ſeruitus ſeruitutis eſſet, inde tamen dabatur legatario incerti actio cum herede, ac ſi ſimpliciter foret ſeruitus legata, vt ea ſeruitus ratione durationis vſuſructui ſimilis, quamdiu vixerit, conſtituatur ſub conditione b). Sic ſi amplior paſcuorum publicorum modus eſſet, quam vt decerpi a dominico grege poſſet, locabatur ea paſcuorum pars, quae ſupererat, paſtoribus, qui proprios greges cum dominicis miſcebant, et fixa et annua penſione ius paſcendi redimebant, quam augeri Iulianus, et deinde Valentinianus et Valens prohibuere: ne ſub praetextu, quod maiorem, quam antiquis temporibus ſolebant, penſionem ſoluerent, ſibi tota paſcua vindicarent depaſcenda, et greges dominicos ab illis excluderent c).

a) *L. 3. pr. D. de S. P. R.*
b) *L. 1. D. de Vſu et Vſufr. Noodt. L. II. Prob. c. 3. ibique Chriſtfr. Waechtleri notas p. 235. in edit. Conſ. Trotzii.*
c) *L. 1. et II. C. Theod. de paſcuis. Cl. Burmann de vectig. pop. Rom. Cap. IV. p. 47.*

§. IX.

Et idem quoque in priuatis obtinuiſſe haut difficulter eluceſcit ex *L. 32. D. de Vſufr.* in qua

quac-

quaeritur; num is, qui fundum tradit, excipere, i. e. retinere a) poſſit id, quod perſonae, non praedii eſt; veluti vſum et vſumfructum, et reſpondetur, quod ſic, ſi vero excipiat, quae praedii ſunt, v. g. vt paſcere ſibi liceat, hoc producere ſolummodo pacti, vel doli exceptionem; regulariter enim tale ius ad tempus et ſub conditione concedi non poſſe, luculenter probant verba *L. 4. pr. D. de Seruit.*

a) vid. *Differt. Dn. Praeſidis de retentione vſusfructus eiusque effectu §. 1.*

§. X.

Quemadmodum autem ius ipſum paſcendi pecus ſuum in alterius fundo ſatis ſit onerosum domino praedii ſeruientis, nec in alieno fundo, neque de iure Ciuili, nec Saxonico, paſcere liceat, dum ſecundum *L. 1. C. de fund. et ſalt. rei domin.* immittens animalia in paſcua Principis, vel ſyluam, vel ſaltum *auf der Herrſchafft Weyde, Forſt oder Höltzer*, ſi non habeat ius paſcendi, illa amittit, et fiſco vindicantur; et in priuatis pignoratio et incluſio alieni pecoris, in fundo deprehenſi, et gramen et fruges depaſcentis, Iure Romano non plane eſt prohibita a), et iure Sax. prorſus licita b) etiamſi ſit incultus ager, vti ſtatuit Ioh. Thomae c), niſi competat ius paſcendi, quod in lege Moſaica ſeptimo anno cuilibet licebat d), et antiquis temporibus in paſcuis publicis licuiſſe, relatum legimus, donec ab Aedilibus plebis lex lata, et mulcta impoſita iis, quorum pecudes agrum publicum depaſcerent e); ita illud ſine dubio ſtrictiſſimae eſt interpretationis, hincque domino fundi ſeruientis, licet ſi Princeps, qui pri-

uato ius hocce per priuilegium conceſſit f), haut denegandum eſt ius, pecus ſuum eodem fundo, iure dominii, ſimul immittendi paſcendi cauſſa, licet alteri ſeruitus haec ſit conceſſa, vel eadem ab eo per praeſcriptum tempus acquiſita. Ius namque paſcendi non neceſſario coniunctum eſt cum iure prohibendi, et arcendi pecus domini ſeruientis praedii a iure compaſcendi; argumentum praebet *L. 13. §. 1. D. de S. P. R.* vbi de itinere dicitur, ſi iter et actus ſine vlla determinatione ſit legatus, dandos eſſe arbitros, qui determinarent, et ſi iter determinatum ſit, conſiſtere ſeruitutem, ceteras partes liberas eſſe: nec non *L. 13. §. 1. D. Comm. Praed.* vbi quaeſtio eſt, an liceat in alterius agro lapides caedere, et reſpondetur negando, niſi ius cuidam in eo agro competat, quod tamen in fauorem domini quoque limitatur, ne vſus neceſſarii lapidis intercludatur atque adimatur.

a) *L. 39. §. 1. ad L. Aquil. L. 29. §. 7. eod. diſſent. Ioh. Voet. ad tit. ſi quadr. paup. fec. n. 3. p. 537.*
b) *L. R. L. 2. a. 40. 47. et P. 3. c. 7. et 27.*
c) *de noxia animalium Cap. XV. p. 161. ſq.*
d) *Exod. 23. v. 11. Leuit. 25. v. 6. 7.*
e) *Ouid. faſt. V. v. 283. ſqq.* et huius mulctae frequens fit mentio apud *Liu. L. X. c. vlt. L. XXXIII. c. 42.*
f) *Illuſtr. Leyſer. Sp. 108. m. 5.*

§. XI.

Ex quibus ſatis, et praeſertim etiam ex *L. 6. C. de Seruit.* apparet in omnibus Seruitutibus, in dubio, commodum quoque domini praedii ſeruientis eſſe reſpiciendum: nec ſupra allata definitio Coraſii a) in contrarium nos mouet. Ex ea namque inferri

ferri poſſet, in tali caſu ſemper contra dominum praedii ſeruientis pronuntiandum eſſe, dum ſeruitus *iuris ſui diminutionem* neceſſario inuoluat. Sed cum Zachar. Hubero b) hanc definitionem merito iam reiecimus, quia ſufficit alteri commodum acquiri, etſi noſtrum ius nihilo deterius fiat; vt puta quando paſcua mihi abundant, et tibi ſeruitutem paſcendi concedam; quamuis largiar per ſeruitutem regulariter ius praedii deminui et alterius augeri *L. 5. §. 9. D. de Oper. Nou. nunciat.* Vnde non ſolum ipſe dominus eo fundo, qui ſeruit, vti ſed et in eodem aliis quoque idem ius paſcendi concedere poteſt, ſi modo vtrique paſtus ſufficiat a), *L. 5. §. 1. D. de S. P. R. verb. non vltra poſſe, quam quatenus ad eum ipſum fundum opus ſit*, et hoc ipſo ei, cui priori data eſt ſeruitus, exercitium eiusdem haut minuatur c).

a) vid. §. *6. huius Diſſ.* b) dicto loco *§. 3. p. 379.*
c) *L. 15. D. Comm. Praed.*

§. XII.

Praeterea autem, ſi pacto conſtituta, vel per praeſcriptionem acquiſita eſt ſeruitus paſcendi, debito modo et tempore ea vtatur, nihilque contra legem contractus ſuſcipiat. Per modum autem hic intelligimus ipſam rationem, qua quis iure paſcendi vti debet; qui plerumque in conuentionibus a contrahentibus exprimitur: qui tamen ſi non obſeruatur, non ſtatim amittitur ſeruitus; non autem conceditur plus, quam pactum eſt in ſeruitute habere a), v. c. ſi ad certum genus pecoris, aut ad certum numerum ius paſcendi eſt reſtrictum, eum

cui

Digitized by Google

cui competit ius paſcendi ita ſtringit, vt alia pecora, aut plura, quam conuentum fuit, paſcere non poſſit. b).

a) *L. 11. pr. D. quemadm. ſeru. amitt.*
b) *dict. L. 11. et L. 1. §. 18. D. de aqua cott. j. Noodt. de Vſufr. Lib. 11. Cap. 9. in fine p. 462.*

§. XIII.

Nimis enim durum atque iniquum foret, eum iure ſuo, legitime acquiſito, priuari, qui modum tantum in vtendo transgreſſus ſit: quam quidem ſententiam Trebatio placuiſſe ex *L. 1. §. 18. D. de aqua cott.* conſtat; Sed Marcelli contraria ſententia, aequitate ſuffulta, praeualuit, quod apparet ex verbis dictae legis, *quod eſt verum*, addita ratione, *quia pecora ſeparari poſſunt*, ſi enim plus iuſto appulſum fuit, id, quod excedit numerum, aditu prohiberi poteſt. Exinde enim nullum damnum ſentit proprietarius, quamuis facto contrario a praedio dominante pactum ſit transgreſſum; nam prohibitione proprietarii accedente, ab eo deſiſtere debet is, cui ſeruitus paſcendi eſt conceſſa, ſi excederet numerum; dum alias hoc ipſo efficeret, vt, aucto numero, dominus ius paſcendi, vi dominii competens, ſimul exercere non poſſet.

§. XIV.

Quamuis autem dominus praedii dominantis nihil vltra certum et determinatum pecoris numerum appellere poſſit, exinde tamen inferendum non eſt, foeturam a paſcendo excludi vel in numerum eſſe conferendam. Hinc quando ſeruitus paſcendi ad certum ouium numerum eſt reſtricta, agnos merito

rito ſub grege comprehendi, nec augere numerum, neque a paſcendo excludi poſſe, arbitror. Quanquam enim facile concedam Illuſtri Wernhero a), qui contrarias tuetur partes *L. 19. §. 7. D. locati* ad quam alias fere omnes, qui nobiſcum faciunt, confugiunt, ob diſparitatem rationis huc non ſpectare, in qua traditur caſus, vbi ex muliere, quam quis naui vehendam conduxiſſet, infans natus erat, in quo caſu probat Vlpianus, pro infante nihil deberi, quia eius vectura non magna ſit, neque his omnibus vtatur, quae ad nauigantium vſum parantur; noſtram tamen deciſionem, etſi lege expreſſa deficiamur, aequitas ſuggerit *L. 2. §. 5. D. de aqua et aqu. pluu. arc.* cuius praecipuam rationem in iudicando haberi vult. *L. 8. C. de iudiciis.* Cui enim non aequum videbitur id, quod ſine graui domini fundi ſeruientis diſpendio, magno tamen incommodo domini praedii dominantis, futurum eſſet; quod accideret, ſi a matribus agni ſepararì deberent, arg. *L. 35. D. de Aedil. Edict. l. 12. §. 7. D. de inſtrum. et inſtr. legato.*

a) *P. VIII. O. 491.*

§. XV.

Quamdiu autem agni dicantur, quum ipſae leges non conſpirent, dictu eſt difficillimum; plurimi ſtatuunt, agnos accipi, quamdiu anni ſpatium nondum adimpleuerint, id quod etiam iure Bauarico cautum eſſe monet Brunnemannus a), quae ſententia etiam vera eſſe videtur, teſte Alfeno in *L. 60. pr. de Leg. 3.* vbi quaeſtio mota eſt, ſi agni le-

gati eſſent, quatenus viderentur, quidam aiebant, agnum ſex menſium, ſed verius eſt, inquit, eos legatos eſſe, qui minores anniculi eſſent; niſi locorum vſus aliud ſuadeat, teſte *Marciano* in *L. 65. §. 7. D. eod.* b).

a) *ad L. 17. D. ne S. P. R. n. 5.*
b) *j. Illuſtr. Rechenberg. in Reg. Iur. L. 2. Tit. 9.* §. 43. et *Engelbrecht. in Diſſ. de eo, quod memorabile ac iuſtum eſt circa agnos, vom Lämmer-Recht. Part. poſt. Cap. 3.* §. 4.

§. XVI.

Vti autem modus tenendus, ſic quoque tempus eſt obſeruandum: tempus autem indicat ſpatium, intra quod ius paſcendi exercere eſt permiſſum; ſic communiter prohibetur pecus paſcere pratis et agris clauſis. Quale autem tempus indicetur per prata clauſa, quo paſcere non licet, generaliter definiri non poteſt, variant namque et in eo mores locorum, de quibus vide ſis Tr. Thomae de noxia animalium a), qui hanc rem latius pertractauit, atque ab antiquiſſimis temporibus deduxit; in praeſenti ea in medium produxiſſe ſufficiant, quae Saxoniam noſtram reſpiciunt, vbi a pragmaticis haec obſeruari ſolet regula, prata, reſpectu termini a quo, claudi a Calend. Maii, vel die St. Georgii vsque ad feſtum Michaelis, agri poſteaquam conſiti raſtrisque ſubacti ſunt vsque ad meſſem conſummatam, ſiue diem Iacobi, ſicuti, teſte B. Menckenio b), cenſuit *F. I. L. M. Aug. 1699.* et quidem in antiquis ſeruitutibus paſcendi, facta *Ao. 1700. Calenda-*

lendarii mutatione, computationis antiquae obſeruantia iniungitur c).

a) *Cap. XV. n. 12. ſqq.*
b) *in Synopſ. Pand. L. VIII. Tit. III. §. 8. Carpz. P. I. C. 41. def. 4. et Wernher. P. II. En. 301.*
c) conſ. *Titii Ius Priu. L. VIII. Tit. XVIII. §. 14. p. 111.*

§. XVII.

Si igitur tempus vel pacto, vel conſuetudine eſt definitum, quo ei, cui ius paſcendi competit, pecus ſuum paſcere licet, eodem, imo ante et poſt illud, dominus praedii ſeruientis nihil in praeiudicium huius iuris ſuſcipere poteſt. Nam quamuis quilibet dominus rei ſuae optimus ſit moderator et arbiter, et in fundo ſuo omnia facere poſſit, quae ei libuerit; haec tamen libertas naturalis reſtricta eſt, ſeruitute conſtituta: totum enim ius noſtrum conſiſtit, aut in adquirendo, vel conſeruando, aut in minuendo, aut alienando *L. 41. D. de LL.* Sic ſeruitus paſcendi adimit domino facultatem agros arandi, quatenus id cedit in ſeruitutis praeiudicium a), vel in ſtagnum commutandi b), quemadmodum etiam ab eo, cui competit ſeruitus paſcendi, nihil in praeiudicium proprietarii ſuſcipi poteſt: praeſertim autem ſine contradictione dominus praedii ſeruientis ius paſcendi exercere poteſt eo tempore, quo domino praedii dominantis id non competit, nec nocet. Iuuat namque meminiſſe, ius paſcendi duplici modo conſiderari; altero pro eo iure, quod habet dominus in fundo ſuo; altero pro eo iure, quod alteri conceditur in fundo alie-

 no,

Digitized by Google

no, quod ius vocatur ſeruitus. Ita dominus ſeruientis praedii pratis, etſi clauſis, pecus ſuum immittere poteſt, quod domino praedii dominantis tantum, pratis non clauſis, competit. Dominus enim fundi ſeruientis in fundo omnia facere poteſt, per quae ſeruitutis vſus non impeditur, nec fit cauſſa ſeruitutis deterior c).

a) *P. 2. Conſt. El. 41. ibique Carpz. def. 1.*
b) *Idem ead. C. def. 2.*
c) *Berlich. P. 2. Dec. 201. n. 20. ſq. n. 32. et 34. Illuſtr. Wernher. P. 8. Obſ. 499.*

§. XVIII.

Quando tamen dominus fundi pacto ſe obſtrinxit, quod in eo nulla omnino pecora paſcere velit, promiſſo ſtandum eſt, ac ne quidem hyberno tempore oues ibi paſcere poteſt, inuito eo, cui ius paſcendi indefinite competit a). Verum enim vero tunc ius hoc paſcendi coniunctum eſt cum iure prohibendi, quod itidem pacto eſt acquiſitum, nam pactum dedit legem contractui; atque expreſſa nocent, non expreſſa non nocent b), et quae antea erant voluntatis, ex poſt facto fiunt neceſſitatis. Dantur tamen etiam caſus, quibus libertas naturalis domino fundi competens, ius paſcendi exercendi, citra voluntatis expreſſam declarationem amittitur, ſcilicet libertatis praeſcriptione, ſeu libertatis naturalis vſucapione c) i. e. vt domino fundi ſeruientis paſcui vſus fuerit interdictus, et is per in legibus requiſitum tempus acquieuerit, vt hoc teſtantur

Digitized by Google

ſtantur viri Celeberrimi, Bergerus d), Leyſerus e), et Eu. Otto f), et mores conſtanter ſeruant g).

a) Ampl. Wernher. *P. 8. Obſ. 492.*
b) *L. 105. D. de R. I.*
c) *L. 6. & 7. D. de S. P. V.*
d) *Oecon. Iuris p. 255.*
e) *Spec. 108. med. 4.*
f) *in Diſſ. de Vſucap. Seruit. Cap. I. p. 392. ſq.*
g) *Idem ibid. §. XV. p. 411.*

§. XIX.

In genere autem ſolo non vſu paſcendi ius, iure dominii competens, non amittitur; ſecundum naturalem enim libertatem quisque pro lubitu paſcere poteſt, vel minus; imo alterum quoque a iure paſcendi penitus arcere; quemadmodum enim, quod nullius eſt, id ratione naturali occupanti cedit a) quoad poſſeſſionem, eo tamen cum effectu, vt tunc poſſeſſionis fruatur beneficio, non domino b); ita multo magis in ciuitate hoc eſt aſſerendum, ſi dominium rerum ex naturali poſſeſſione coepit, vt Nerua filius ait c), et occupatione vel apprehenſione ex iuſto titulo facta, dominium acquiritur.

a) *L. 1. pr. D. de A. R. D.*
b) vid. B. Gribneri *Princip. Iur. Nat. L. 1. C. 6. §. 5. lit. a.*
c) *L. 1. §. 1. D. de acqu. vel am. poſſ.*

§. XX.

Merito igitur ius paſcendi inter res merae facultatis reſpectu domini fundi refertur, et ab eo exerceri et omitti poteſt; ſiue itaque vtatur dominus,

Digitized by Google

ſiue non, tertio tamen inde nullum enaſcitur ius. Vnde licet per centum annos, et amplius, eo iure non ſit vſus, quia tamen facultas erat, quae ſua ſponte et natura ſua penes eum requieſcebat, quamdiu de facto ei non eſt adempta, ſequitur ea facultate adhuc vti poſſe a). Sed hoc intelligendum de iure paſcendi, quod competit in re propria iure dominii; ſecus res ſe habet in ſeruitute paſcendi in fundo alieno conſtituta, ſi enim quis hac non vtatur, cum facultatem vtendi habeat, licet denegatio non acceſſerit, eadem ſolo non vſu extinguitur, et libertas naturalis reuiuiſcit; quemadmodum hoc in genere in ſeruitutibus praediorum ruſticorum obtinet b), imo et is ſeruitutem paſcendi amittit, qui pratum, in quo eam habuit, circumſeptum patitur: quicunque enim quid fieri concedit in fundo ſeruiente, quo ſeruitus paſcendi impeditur, ipſam ſeruitutem remiſiſſe cenſetur c). Ceterum, ſi non ipſe indigeat hac ſeruitute, ius paſcendi tamen oues vel pecora absque praedio dominante neque locare, neque commoditatem ſeruitute hac vtendi alterius perſonae aut praedio concedere poteſt, niſi ſpeciali pacto hoc permiſſum fuerit, quia eſt qualitas praedii d) et talis ſeruitus, quae ita inhaeret praedio dominanti, vt ab eo diuelli haut poſſit, quod ſecus in eo obtinet, qui iure dominii ius paſcendi locat.

a) *L. 24. D. de S. P. V. L. 8. et 9. C. de Seruit. j.* Diſſ. III. in Collectaneis Petr. Toullieu *de luitione pign. et rebus merae facultatis* §. *28. p. 123.* edit: Clar. Ioannis Wolbers.

b) *L. 6. D. de S. P. V. L. 19.* §. *1. D. quem. ſeru. j.* Rudolph. Forner. *rer. quotid. L. ii. C. XII. in Theſ. Iur. Rom. Ottonis Tom. ii. p. 172.*

p. 172. Wernher. *P. 11. En. 304.* Carpz. *P. 2. C. 4. d. 8. et P. 3. def. 288.* Richter *P. 1. dec. 21. n. 59.*

c) *L. 8. pr. D. quemadm. Seru. ſ.* Magnif. Leyſer *Spec. 110. med. 4.*

d) *L. 24. et 33. §. 1. D. de S. P. R. L. 44. D. Locat. cond.* teſte Carpz. *P. II. Dec. 106.* et Philippi *Vſu Pr. Inſt. L. II. T. III. Eclog. 25. p. 317. ſeq.* et Wernh. *P. VI. Obſ. 385.*

§. XXI.

Quemadmodum vero in hoc omnes conſentiunt, dominum praedii ſeruientis regulariter a iure compaſcendi non excludi; quia iura ſeruitutum, ſicut et iurisdictionis, aliaque iura incorporalia, regulariter cumulatiue, et non priuatiue, penes alium eſſe cenſentur a); ita de iure compaſcui non nihil differere operae pretium eſſe duco: hoc autem ius compaſcendi, quod iure dominii pro indiuiſo *l. 25. §. 1. D. de T. S.* vti diximus, competit, et pars dominii eſt, a iure compaſcui, vi cuius, iure ſeruitutis, vicinus pati tenetur, ut in ipſius praedio noſtrum pecus, vna cum ipſius pecore paſcatur, plane eſt diuerſum b). Compaſcuum enim commixtos quodammodo et confines agros, mutuamque in his ſeruitutem, requirit, teſte Carpzouio c), Meuio d), et Illuſtr. Wernhero e). Simili ratione, vti ius conuenationis ſeu conuenandi *die Koppel Iagd ex Ord. Prouinc. de Ao. 1555. tit. daſs keiner auf des andern Grund etc. §. wo aber einer oder mehr etc.* in fundis commixtis atque confuſis fundatur f); et quamuis ſec. *L. 77. §. 20. D. de leg. 11. et L. 5. C. Comm. diuid.*

reciproci eſt, et pro arbitrio etiam ab vno reuocari; nec praeſcribi poteſt, arg. *L. 2. C. de praeſcript. 30. vel 40. annor.* et *L. 41. D. de acqu. vel am. poſſ.* g) etenim is iure paſcendi non eſt vſus iure ſeruitutis, ſed familiaritatis, adeoque nec eo vſu ſeruitutem vnqnam acquiſiuit h): nemo enim ſibi cauſſam poſſeſſionis poteſt mutare. *L. 33. §. 1. D. de Vſucap.*

a) arg. *c. 14. ſqq. verb. nos igitur attendentes de praebend. in 6to* Mantz. *de S. P. V. et R. n. 302.* B. Menck. *in Synopſ. Pand. L. II. T. I. §. XI.* b) Ampl. Leyſer *Spec. 108. med. XI.* c) *P. 2. C. 41. def. 9.* d) *P. 5. dec. 251. n. 8.* e) *P. 11. Obſ. 356.* f) vid. Berger. *dec. 68.* g) et ad hanc L. Stryckii Diſſ. *de iure familiaritatis C. V. §. 38. ſqq.* h) vid. Cocceii Diſſ. *de praeſcript. extraord. vel anom. ad L. 10. D. ſi ſeru. vind. §. 22. ſqq.*

§. XXII.

Quum autem in dubio, ſi ſeruitus paſcendi vel compaſcui ſit conſtituta, domino praedii dominantis, aequalis ſit, vel eſſe debeat conditio; ex his ſi paſcua, i. e. vbi pecora paſcuntur a), ab initio vtrique ſufficientia fuerint, ex poſt facto deficiant, an huic, vel illi, maius ius competat, intellectu ſit facillimum: nihilominus tamen variae idcirco inter DD. agitatae ſunt controuerſiae, et cum haec tractatio caput ſit huius diſſertationis, ſingillatim haec perſequi conſtitui. Tot autem ſunt ſententiae, quot, modo pro diuerſitate idearum, mente concipi poſſunt, niſi vtrumque dominum praedii ſeruientis et dominantis ridicule hoc in caſu a iure paſcendi plane excludere velis; alii enim pro ſeruiente, alii pro domi-

dominante, et alii denique pro vtroque pugnant. Domino praedii ſeruientis plurimi fauent; Mantzius b), Richterus c), Brunnemannus d), Berlichius e), Bodinus f), Menckenius g), Boehmerus h), aliique i); eorum autem argumenta huc collimant, vt prouocent ad *L. 13. §. 1. D. Comm. Praed.* et *L. 6. C. de Seruit.* Seruitutem rem eſſe oneroſam et odioſam, et contra naturalem libertatem praedii, hincque ſtrictiſſimae interpretationis, et ordinatam charitatem dominum in percipienda vtilitate praeferre; imo addunt, in generali conceſſione non venire ea, quae quis non eſſet veriſimiliter in ſpecie conceſſurus *c. 81. de R. I. in 6to.* Sed *L. 13. D. Comm. Praed.* nequaquam hoc euincit; nam legem hanc nequidem de ſeruitute agere, ex ipſis eius verbis luculenter ſatis apparet, vbi dicitur, neminem in fundo alieno, inuito domino lapides caedere poſſe, cui id faciendi ius non eſt, niſi talis conſuetudo ſit introducta, vt, ſi quis voluerit, ex his caedere poſſit; quod vtique tamen non aliter fieri debeat, niſi pro hoc domino ſolitum ſolatium praeſtitum ſit: imo cum hoc moderamine, ne lapides domino ad propriam neceſſitatem ſubtrahantur, id quod Stryckius k) bene iam animaduertit.

a) *L. 30. D. de V. S.* b) in tr. *de S. P. R. T. 5. qu. 66. et 67. n. 202. p. 353.* c) *P. 1. Dec. 16. n. vlt.* d) *ad L. 13. D.*

refert Io. Köppen *Dec.* 15. *n.* 8. *et* 11. Barthius Diſſ. *de iure paſcendi Cap.* 3. §. 8. k) *Vſu moderno L. VIII. tit.* 2. §. 15. *in fine.*

§. XXIII.

Et *L.* 6. *C. de Seruit.* a) ex qua ſeruienti praedio pinguius ius prae dominante attribuere intendunt, prorſus huc non ſpectat, dum, vti Brunnemannus recte ad hanc legem obſeruat, ſeruitus aquae ducendae in hac lege ita conſtituta videtur, niſi ipſe dominus fundi ea aqua egeat; in quo caſu regula procedit, quilibet ſibi proximus eſt, et cum hac lege coniungi meretur *L.* 19. §. 1. *D. de Re Iud.* qua eius, qui ex cauſſa donationis vel ſimili condemnatur, ratio habenda eſt, ne egeat, et denique ipſa verba finalia *L.* 6. *C. de Seru.* ſatis indicant; hic ſermonem non eſſe de ſeruitute conſtituta, quae iure competit, ſed de liberali, vel amica communicatione vtilitatis loqui, id quod haut obſcure ex verbo *iniuria* fluit b). Imo B. Barthius c) recte ſentit, horum opinioni ideo vix ſubſcribendum videri, quia ius alicui, pactis et ſtipulationibus aut etiam praeſcriptione legitime quaeſitum, merito auferri nequeat, arg. §. 40. *I. de R. D.* Et quanquam denique concedam, regulam Gaii, in *L.* 147. *D. de R. I.* ſemper ſpecialia generalibus ineſſe, vniuerſaliter veram non eſſe d): ad non cogitata enim, vel ad ea, quae non ſunt moris et conſuetudinis, vel veriſimiliter quis non ſit obligaturus, non extendi obligationem, vel conceſſionem *c.* 81. *de R. I.*

in

in 6to. cum quo conuenit *L. 6. D. de pign. ſqq.* exinde tamen modo ſequitur, quod dominus praedii ſeruientis neque excludi a iure paſcendi, neque excludere poſſit dominum praedii dominantis.

a) vid. Not. Gothofr. ad *L. 6. C. de Seruit.* b) Stryck *V. M. L. VIII. tit. 3. §. 15. in fine.* c) dicto loco. d) *j.* Ludouici *in Diſſ. an ſpecies deroget generi Cap. 1. §. 1. ſqq.*

§. XXIV.

Altera igitur ſententia eſt eorum, qui pro domino praedii dominantis pugnant, ſi ſcilicet quis, vel praeſcriptione, vel pacto, ius habet paſcendi animalia in praedio alieno a). Sed ICtorum non tam magna pars eandem fouet ſententiam, merito tamen huc referes Couarruuium b), Wernherum c), Ludouici d), perperam autem Schurffium e) et Connanum f), praecipuus autem huius ſententiae defenſor eſt Samuel Stryckius g); quatenus enim, inquit, alteri ius certum in meo quaeſitum eſt, eatenus ego ab hoc iure excludor, niſi quatenus citra impedimentum alterius id fieri poſſit, hinc, quas aedes alteri locaui, illas ipſe inhabitare nequeo; quas feneſtras alteri indulſi, illas nouo aedificio obſcurare nequeo: ſed hi caſus plane huc non quadrant, dum a noſtro prorſus ſunt diuerſi; debet enim ſalua manere ſeruitus: et ea, quae ſunt moris et

qui magis commodum ex contractu quaerit: praeſertim quum certiſſimi iuris ſit, ſeruiens praedium quam minime eſſe onerandum, et vbi de liberando quaeritur, ad liberationem nos propenſiores eſſe debere monente Arriano in *l. 47. D. de oblig. et act.* et Celſ. *in l. 99. D. de verb. obl.*

a) vide Couarruu. *L. 1. reſolut. Cap. 17. n. 11.* verb. *hic vero, quae de iure paſcendi etc. p. 85.* b) citato loco. c) *P. 9. Obſ. 67.* d) *Doctrin. Pand. Lib. VIII. T. III. §. 7. pag. 176.* e) *Cent. 1. Conſ. 69. n. 20. 21. et 26. f. 140. et 141.* quem tamen huc quoque refert Barthius *dict. diſſ.* f) *pract. quaeſt. 3. c. 37. n. 1.* vti obſeruauit Stryck. *V. M. L. VIII. tit. 3. §. 15.* g) antecedente loco. h) et ad eam Illuſtr. Boehmeri Diſſ.

§. XXV.

Si vero ſeruitus paſcendi praeſcriptione eſt acquiſita, non ſtatim etiam cum iure prohibendi, vti in ſuperioribus probaui, eſt coniuncta, aliud enim eſt ſeruitutem acquirere, aliud, ius prohibendi habere; illa quidem vſu et patientia acquiritur, hoc vero interueniente demum prohibitione, a parte dominantis, et omiſſione facti a parte domini ſeruientis praedii a). Inde ipſe Stryckius b) vtile eſſe ſtatuit, in acquirenda ſeruitute iuris paſcendi, pacto ſibi conſulere, ne ſeruitute hac gaudens aliquando a paſcuis excludatur; priorem enim ſententiam, quae domino praedii ſeruientis praerogatiuam concedit, aequiorem, et ideo in foro applauſum inueniſſe, hanc autem in puncto iuris veriorem eſſe, ſtatuit; ſed ei forſitan non in mentem venit, dari tertiam

tiam ſententiam eorum, qui pro vtroque praedio faciunt, quam ſine dubio omnium optimam, et ſumma aequitate pariter ac iuſtitia niti dixeris.

a) vid. Illuſtr. Wernher *P. 1. Obſ. 87. diſſentit* Berger *Oec. Iur. p. 546.* qui tamen teſte Wernh. *P. 9. Obſ. 41.* mutauit ſententiam. b) dicto loco.

§. XXVI.

Diſſentientium enim argumenta, vti paucis iam demonſtrauimus, non eiusmodi roboris ſunt, vt nos in partes ſuas trahere poſſint, hinc potius eorum accedo ſententiae, qui ſeruienti et dominanti aequale ius tribuunt; nam, licet expreſſa legis diſpoſitio deficiat, iuſtitiam tamen naturalem et aequitatem, eo in caſu, pro lege allegare, ſatis nobis erit; imo hanc noſtram ſententiam in ſuperioribus iam iam ſtabiliuimus; namque ex natura rei ipſius fluit, quod neutri praedio praerogatiua prae altero ſit concedenda; ſi enim ſeruiens praedium praeferamus, dominus eiusdem tantum numerum pecoris ſibi comparare poſſet, vt paſcua non ſufficiant, et hoc ipſo dominum praedii dominantis, a iure compaſcendi plane excluderet, imo idem quoque a domino dominantis praedii in praeiudicium domini praedii ſeruientis ſuſcipi poſſet. Amplexus eſt hanc ſententiam Illuſtr. Heineccius a). Et Bergerus b), nec non Meuius c), de agris diuerſorum dominorum, ſi quidem ita ſint comr...

Digitized by Google

tot oues habere, et in commixtis agris paſcere liceat, quot per hyemem ex ſtramine et foeno in agro ſuo natis alere poſſit, quae vtiliter ob paritatem rationis et huc applicari poterunt.

a) *in Digeſt. L. VIII. Tit. III.* §. *CLII* b) *in Oec. Iur. L. II. Tit. III.* §. *8. not. 7.* c) *P. I. Deciſ. 28.*

§. XXVII.

Et ſic quoque iudicauit Curia et Scab. Vitemb. quae ſententia in cauſſa appellationis *Marien Rariuſſin und Conſorten* contra *Chriſtoph Schumann und Conſorten* in Illuſtr. Regimine Sax. Martisburg. die 22. Nou. 1732. publicata, hiſce additis rationibus: *Ferner in dem Falle, da die Wieſen vor beyder Theile geſammtes Vieh nicht hinreichen, die natürliche Billigkeit an Hand giebet, daſs beyde Theile eine gleiche Anzahl Viehes, nach* Proportion *derer Wieſen halten, indem ſonſt, wenn man eine derer beyden gemeinen mit einander ſtreitenden Meinungen annehmen, und entweder dem* Dominanti, *oder dem* Seruienti *den Vorzug geben wollte, das* abſurdum *daraus folgen würde, daſs derjenige, welcher den Vorzug hätte, durch Anſchaffung einer groſſen Menge Viehes dem andern ſein Recht gar* interuertir*en könnte etc.*

TANTVM.

A6 1147 2556

Digitized by Google